

Document	RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial)
Auteur	Samantha Besson
Titre	Plus d'égalité pour les femmes dans les faits: Quel rôle pour la nouvelle Constitution cantonale?
Publication	Revue fribourgeoise de jurisprudence
Maison d'édition	Kantonsgericht (FR)

Plus d'égalité pour les femmes dans les faits: Quel rôle pour la nouvelle Constitution cantonale?

Samantha Besson, Dr en droit, M.Jur. (Oxon.), Research Fellow, The Queen's College, Oxford - Chargée de cours à l'Université de Genève*

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 3

Introduction

Le titre de cet article allie deux éléments apparemment contradictoires: d'une part, un problème *pratique*: l'égalité dans les faits, et, d'autre part, une solution *juridique*: la nouvelle Constitution cantonale.

Si l'on conçoit bien volontiers que les femmes constituent la moitié de la population fribourgeoise et qu'il faille donc leur assurer une représentation égale *dans les faits*, n'y a-t-il pas là avant tout une difficulté pratique à laquelle il convient de remédier par le biais d'une profonde transformation sociale? Ce projet de transformation sociale n'exclut-il donc pas d'emblée, puisque l'*égalité de droit* est garantie dans la Constitution fédérale, un quelconque rôle supplémentaire pour le droit et par conséquent pour la nouvelle Constitution cantonale? C'est l'objet principal de cet article que de prouver le contraire.

L'*égalité de droit* des femmes a été l'une des victoires les plus importantes de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle. Depuis 1981, le principe de l'égalité en droit entre hommes et femmes est garanti par un alinéa de l'article sur l'égalité de la Constitution fédérale. Il figure désormais à l'art. 8 al. 3 de la nouvelle Constitution du 19 avril 1999 (= Cst., RS 101). L'alinéa 3 contient trois phrases:

La première confère un *droit directement justiciable*: le droit des hommes et des femmes à être traités en égaux par la loi ainsi que lors de son application, sauf lorsque la différence biologique ou fonctionnelle due au sexe l'exclut absolument.

* Cet article est une version révisée de la conférence du même titre que j'ai présentée à l'Université de Fribourg le 4 avril 2002 dans le cadre du cycle de conférences publiques consacrées à la nouvelle Constitution fribourgeoise. J'en remercie vivement tous les participants pour leurs réactions et la discussion qui a suivi ma présentation. Je remercie aussi Pascal Pichonnaz de m'avoir donné l'occasion de présenter cette conférence et Alexandra Rumo-Jungo de m'avoir encouragée à en publier cette version révisée.

La deuxième phrase donne le *mandat* au législateur communal, cantonal et fédéral de mettre en oeuvre l'égalité de droit de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst., mais

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 4

aussi l'égalité de fait, et cela notamment dans les domaines de la famille, de l'éducation et du travail.

La troisième phrase établit le *droit* à un salaire égal pour un travail de valeur égale, aussi bien dans le domaine public que dans les relations entre particuliers.

En dépit de tout cela, la représentation des femmes en pratique est loin d'être égale à celle des hommes. En fait, la progression n'est pas seulement très lente, mais elle est même souvent inexistante.

Ainsi, pour ne citer que quelques exemples:

Dans le monde du travail, les femmes demeurent encore cantonnées dans des travaux de moindre importance que les hommes et elles s'y trouvent souvent concentrées. On parle à cet égard de ségrégation verticale ou horizontale du marché du travail ou encore d'un "plafond de verre" empêchant toute progression des femmes dans la hiérarchie du travail. En Suisse, 54,6% des femmes travaillent à temps partiel contre seulement 9,4% d'hommes¹. La difficulté est que le travail à temps partiel est aujourd'hui encore synonyme de salaires inférieurs, de précarité de l'emploi et de réduction des chances de promotion professionnelle. Dans l'administration fribourgeoise, plus particulièrement, 63% de femmes travaillent à temps partiel contre 21% d'hommes. Au pied de l'échelle des salaires, on trouve 75% de femmes pour 39% d'hommes, un rapport qui s'inverse à 25% de femmes pour 61% d'hommes dans les classes supérieures de salaire².

En politique, alors que les femmes représentent 54% de l'électorat suisse, la représentation féminine parmi les élus oscille entre 17 et 28%. Au Conseil fédéral, par exemple, la représentation féminine est de 28%. Quant au législatif, les femmes constituent 19,6% des parlementaires au Conseil des Etats et 23% au Conseil National³. Dans le canton de Fribourg, plus particulièrement, les parlementaires élues lors des dernières élections législatives représentent à peine 25,4% de l'Assemblée et il n'y a que deux femmes sur sept membres au Conseil d'Etat⁴. Notable exception: la Constituante fribourgeoise avec 36% d'élues, même si on est encore loin d'une représentation égale!

L'objectif d'égalité dans les faits n'est donc pas encore atteint. Les raisons en sont bien connues: double journée des femmes tiraillées entre famille et

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 5

emploi, préjugés sexistes, inégalités économiques, etc. Laisser l'égalité de fait à l'évolution des mentalités semble par conséquent non seulement illusoire dans les cas où elles paraissent figées, mais aussi beaucoup trop long dans les autres cas; en effet, bien que le nombre des femmes élues en politique se soit multiplié par cinq en trente ans, à ce rythme-là, les femmes devront attendre jusqu'en 2040 pour obtenir la pleine parité dans les faits.

La question qui occupe donc désormais le devant de la scène est celle de savoir quelles mesures prendre afin de promouvoir les femmes en pratique.

¹ Ces chiffres proviennent de l'Office fédéral de la statistique et les détails se trouvent sur le site internet suivant: <http://www.statistik.admin.ch/statch/ber16/thema/dtfr16.htm>.

² Ces chiffres proviennent de *Egalité des chances entre femmes et hommes dans l'administration cantonale fribourgeoise*, Publication du Bureau de l'égalité et de la famille du Canton de Fribourg, Fribourg 2001, p. 5.

³ Ces chiffres proviennent de l'Office fédéral de la statistique et les détails se trouvent sur le site Internet suivant: <http://www.statistik.admin.ch/statch/ber17/frauen/dintro.htm>. Pour un commentaire, voir W. Seitz, Die Frauen bei den Nationalratswahlen 1999: Die Schritte in Richtung Gleichstellung werden kleiner in *Frauenfragen* 1.2000 p. 13 ss.

⁴ Ces chiffres ont été publiés par le Bureau de l'égalité hommes-femmes et de la famille du Canton de Fribourg en novembre 2001.

Depuis les années 80, différents types de mesures de promotion des femmes, qu'on dit aussi *mesures positives* ("positive action", "positive Massnahmen" ou "Förderungsmassnahmen"), ont été évoqués et même testés. Il s'agit par exemple de *mesures ponctuelles* destinées à soutenir la famille, la garde des enfants, la meilleure appréciation du travail à temps partiel ou encore l'accès des femmes à l'éducation supérieure. Mais un des types de mesures positives à avoir fait couler le plus d'encre depuis dix ans est bien sûr celui des *quotas* de femmes, que ce soit en politique, à l'université, dans l'administration publique ou dans le secteur privé. Laissés pour morts à l'issue du rejet populaire massif de l'initiative des quotas⁵ le 12 mars 2000, les quotas n'ont pourtant pas fini de faire parler d'eux en Suisse. Les débats des constituants vaudois et neuchâtelois en témoignent et les délibérations de l'assemblée constituante fribourgeoise le démontreront sûrement. Le peuple suisse est souverain en matière fédérale, mais le peuple fribourgeois l'est aussi en ses domaines de compétence: libre à lui donc de se prononcer à nouveau sur ce sujet.

Puisque les mesures positives en faveur des femmes impliquent l'intervention de l'Etat et donc du droit, le but de cet article est de faire le point sur ce qui a été réalisé juridiquement *sur le plan fédéral*, afin de déterminer ce qui peut et doit encore être fait *sur le plan cantonal* afin d'assurer une représentation égale des femmes en pratique. Il faudra notamment se pencher sur la *base légale* de ces mesures et leur *constitutionnalité* en droit fédéral, c'est-à-dire leur compatibilité avec d'autres droits constitutionnels, tels que le droit des hommes à être traités en égaux ou la liberté de vote.

La structure de cet article sera la suivante. Dans une première section, il s'agira de présenter quelques *définitions* afin de dissiper les confusions que l'on rencontre souvent dans ce débat. Dans une deuxième section, je présenterai le *fondement légal et constitutionnel* des mesures positives en droit suisse et j'y démontrerai pourquoi une garantie expresse dans la Constitution cantonale est nécessaire. Dans la troisième et dernière section, j'examinerai *quelles formes ces mesures positives de droit constitutionnel cantonal pourraient prendre*, notamment dans la fonction publique et en politique.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 6

I. Quelques définitions

A. De l'égalité de fait aux mesures positives

Comme je l'ai dit dans mon introduction, les mesures positives sont *toutes les mesures qui ont pour but de réaliser l'égalité entre hommes et femmes dans les faits*.

L'égalité de fait entre hommes et femmes est aussi souvent surnommée *égalité matérielle* ("material equality", "tatsächliche Gleichstellung"), par opposition à l'*égalité formelle* que constitue l'égalité de droit ("formal equality", "rechtliche Gleichstellung").

En principe, l'égalité matérielle, et par conséquent les mesures positives qui la réalisent, visent à assurer aussi bien *l'égalité des chances* ("equality of opportunities", "Chancengleichheit") que *l'égalité de résultat* ("equality of results", "Ergebnisgleichheit"). On parle à cet égard d'égalité des *points de départ* par opposition à l'égalité des *points d'arrivée*.

B. Les différents types de mesures positives

⁵ FF 1999 V 4656.

Les mesures positives peuvent être très variées et la terminologie n'est pas toujours très stricte⁶. Il existe quatre grandes distinctions que l'on retrouve souvent et qu'il convient de présenter brièvement ici.

1. Les mesures indifférenciées et les mesures préférentielles

Certaines mesures positives favorisent la promotion des femmes *sans pourtant distinguer entre hommes et femmes*. Ainsi en est-il notamment de l'ouverture de places de crèche ou de l'octroi de congés parentaux.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 7

Cependant, au vu du peu de résultats de ces premières mesures dans certains domaines comme la politique notamment, la plupart des mesures positives vont plus loin et utilisent de manière intentionnelle le critère du sexe afin de promouvoir les femmes. En cela, elles opèrent une discrimination sur la base du sexe. Toutefois, cette discrimination peut être considérée comme positive au vu de son objectif, d'où son nom: *discrimination positive*. On parle aussi de mesures *préférentielles*.

Il est important de ne pas confondre cette distinction entre mesures positives indifférenciées et mesures positives préférentielles avec la distinction entre égalité des chances et égalité de résultat. L'égalité des chances peut en effet requérir des mesures positives préférentielles, voire même des quotas de femmes, comme le montrent, par exemple, les quotas de listes dans le cadre d'élections.

2. Les mesures ponctuelles et les quotas

Parmi les mesures préférentielles, il est utile de distinguer les mesures purement *ponctuelles*, qui donnent la priorité à une femme dans un cas précis, des *quotas* au sens large ("quotas", "Quotenregelungen").

Les quotas peuvent être définis comme *une exigence spécifique de représentation d'une catégorie définie de la population, en l'occurrence les femmes, au sein d'un organe ou d'un secteur*. Ils peuvent être maximaux, minimaux ou fixes. Dans le cas des mesures positives de promotion des femmes, les quotas en cause sont la plupart du temps minimaux.

3. Les quotas décisionnels et les quotas de résultat

Il est utile de distinguer deux grands types de quotas:

Tout d'abord, les quotas *décisionnels* ou *d'influence* ("goal quotas", "Entscheidungsquoten"). Ils fixent certains buts à atteindre à long terme et impliquent la prise en compte du sexe lors de toute décision, sans toutefois imposer un résultat.

Ensuite, les quotas *de résultat* ou quotas *impératifs* ("result quotas", "Ergebnisquoten"). Ils exigent plus que la prise en compte du sexe des candidats en ce qu'ils imposent un certain résultat à chaque décision qui doit être prise.

A titre d'exemple, les quotas électoraux de listes ("list quotas", "Listquoten" ou "Wahlvorschlagsquoten") sont des quotas décisionnels. Ils imposent en effet la prise en compte du sexe lors de la décision à prendre, mais n'imposent pas un contenu à la décision finale. Par contre, les quotas électoraux de sièges ("seat quotas", "Mandatsquoten" ou "Nominationsquoten") constituent des quotas de résultat.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 8

4. Les quotas souples et les quotas flexibles

Les quotas de résultat se divisent eux-mêmes en deux groupes selon leur rigidité:

Tout d'abord, les quotas *souples* ou *flexibles* ("flexible quotas", "flexible Quoten"). Ils donnent la préférence aux candidates féminines à qualités égales avec les candidats masculins, lorsque les femmes sont sous-représentées dans un domaine.

Ensuite, les quotas *rigides* ("rigid quotas", "starre Quoten"). Ils donnent la préférence aux candidates féminines *indépendamment des qualifications des autres candidats*.

II. La base légale des mesures positives en droit suisse

A. La Constitution fédérale: l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst.

C'est avant tout dans le cadre du *mandat d'égalité matérielle* de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. que la légalité des mesures positives en faveur des femmes doit pouvoir être établie. Il demeure cependant que le mandat ne mentionne pas expressément l'adoption de mesures positives. Certains en ont d'ailleurs déduit que la légalité des mesures positives ne peut pas être fondée sur cet article⁷.

Une des premières difficultés que l'on rencontre lors de l'appréciation de l'étendue du champ d'application de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. et de son éventuelle application aux mesures positives est en effet celle de l'harmonisation entre le principe d'égalité *formelle* de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. et le principe d'égalité *matérielle* de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. La première phrase interdit la référence au sexe, qu'il soit féminin ou masculin comme base de différenciation, alors que la seconde devrait *a priori* permettre de favoriser les femmes de façon à corriger leur inégalité matérielle et donc dans certains cas de violer l'interdiction formelle de discriminer sur la base du sexe.

Il semble donc y avoir deux incompatibilités ici: d'une part, l'incompatibilité entre *égalité formelle* et *égalité matérielle* et, d'autre part, l'incompatibilité entre *égalité formelle* et *égalité matérielle de résultat*.

La première incompatibilité peut être aisément résolue. Une lecture stricte de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. n'est en effet pas justifiable. En dépit de la garantie de l'égalité de droit, hommes et femmes ne disposent pas en pratique des mêmes chances d'utiliser leurs droits. L'égalité de droit entre hommes et femmes ne peut donc en quelque sorte devenir véritablement complète qu'à partir du

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 9

moment où les obstacles pratiques à son usage sont écartés⁸. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

La deuxième incompatibilité est plus délicate, puisqu'elle tente de façon artificielle de distinguer les mesures positives qui promeuvent l'égalité des chances sans violer l'égalité formelle, des mesures positives qui promeuvent l'égalité de résultat au prix d'une violation de l'égalité formelle et de l'interdiction de discriminer. Heureusement, une décision récente du Tribunal fédéral a permis d'enterrer la fausse distinction qu'il avait entretenue précédemment entre égalité des chances formelle et égalité des chances matérielle, ainsi que le mythe selon lequel le mandat d'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. ne vise qu'à réaliser l'égalité des chances et non l'égalité de résultat⁹. Désormais, le Tribunal fédéral reconnaît que l'égalité matérielle, et donc l'égalité des chances, ne peuvent être réalisées sans considération aucune pour les résultats et les indicateurs en pratique de l'existence d'une inégalité dans les faits¹⁰.

⁷ Cf. E. Grisel, Egalité des sexes et quotas de représentation in B. Ehrenzeller et alii (éd.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*, St Gall 1998, p. 539 s.

⁸ Cf. C. Tobler, Frauenförderung durch Quoten und Rechtsgleichheit der Geschlechter, oder: 'Es ist zum Besten der Gesellschaft, wenn die Wertauffassungen der Frauen und ihr Gerechtigkeitsinn Teil der Politik werden' in recht 3/1998 p. 100 ss, 111; L. Gianformaggio, Equalanza formale e sostanziale. Il grande equivoco in Il Foro Italiano 1996 p. 1961 ss, 1974; U. Sackofsky, Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Quotenregelungen in K. Arioli (éd.), *Quoten und Gleichstellung von Mann und Frau*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, p. 23 ss, 27.

⁹ Cf. Epiney/Refail, Chancengleichheit, ein teilbarer Begriff? in PJA 3/1996 p. 183 ss, 186.

¹⁰ ATF 125 I 21, 25 / rés. JdT 2000 I 343.

B. La loi fédérale sur l'égalité entre hommes et femmes: l'art. 3 al. 3 LEg

Une autre base légale potentielle pour l'adoption de mesures positives est l'art. 3 al. 3 de la Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre hommes et femmes (= LEg, Loi sur l'égalité, RS 151.1).

C'est en effet dans le cadre de la réalisation du mandat d'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. que la Loi sur l'égalité est entrée en vigueur en 1996. De plus, l'art. 3 al. 3 LEg établit expressément que les mesures positives destinées à promouvoir l'égalité matérielle entre hommes et femmes ne sont pas discriminatoires.

Il faut noter toutefois que l'exception de l'art. 3 al. 3 LEg ne s'applique qu'aux *relations de travail* de droit privé ou public. De plus, même si elle rend les mesures positives *a priori* compatibles avec l'art. 8 al. 3 Cst., elle ne les rend *pas automatiquement constitutionnelles*¹¹. En ce sens, il ne s'agit pas vraiment d'une base légale au sens strict.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 10

C. Les obligations de droit international et européen

La Suisse a de nombreux engagements de *droit international* qui trouvent application en matière d'égalité des sexes. Ces engagements encouragent aussi la prise de mesures de promotion de l'égalité des femmes dans les faits. La difficulté avec ces garanties, cependant, est qu'elles ne sont pour la plupart que d'ordre programmatique ou qu'elles manquent d'indépendance.

Tel n'est pas le cas du *droit européen*. Il ne lie pas officiellement et directement les autorités suisses, mais celles-ci ont pourtant toujours veillé à assurer un développement du droit suisse qui soit le plus eurocompatible possible.

Ainsi, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de quotas politiques a-t-elle suivi, une première fois, la jurisprudence de la Cour européenne de justice en matière de quotas à l'embauche et notamment la décision *Kalanke*¹² et, une seconde fois, son revirement dans l'affaire *Marschall*¹³. On peut donc s'attendre à ce que, dans le futur, la jurisprudence fédérale suive la position généralement ouverte de la Cour européenne de justice en matière de quotas dans d'autres domaines aussi.

D. Une base légale dans la Constitution cantonale?

Etant donné l'absence de base légale *expresse* pour l'adoption de mesures positives en droit fédéral et le rôle *indirect* du droit international et européen en la matière, le droit cantonal, et notamment la Constitution cantonale peuvent jouer un rôle clé dans ce domaine. Ce rôle passe notamment par la création d'un mandat constitutionnel enjoignant les législateurs communaux et cantonal d'adopter des mesures positives afin de promouvoir l'égalité dans les faits des femmes dans les domaines de la famille, de la formation, du travail, de l'accès à la fonction publique et en politique, et notamment d'établir des quotas si nécessaire.

L'*autonomie constitutionnelle* des cantons est un aspect essentiel de la souveraineté que la Constitution fédérale leur reconnaît. Elle signifie en bref que les cantons sont en principe libres de s'organiser comme ils l'entendent formellement, mais aussi matériellement. Les garanties cantonales en la matière peuvent même exercer une influence propre dans la mesure où leur *champ d'application est plus étendu que celui*

¹¹ Cf. L. Mader, Das Gleichstellungsgesetz-Entstehung, Ziele und Instrumente in Schwander/Schaffhauser (éd.), *Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frauen und Männer*, St Gall 1996, p. 10 ss, 26.

¹² Décision C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Rec. 1995 I p. 3051. Cf. ATF 123 I 152 / JdT 1999 I 282.

¹³ Décision C-409/95, *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Rec. 1997 I p. 6363. Cette décision a depuis été confirmée à plusieurs reprises: Décision C-158/97 *Badeck*, Rec. 2000 I p. 1875 et Décision C-407/98 *Abrahamsson et Anderson*, Rec. 2000 I p. 5562. Cf. ATF 125 I 21 / rés. JdT 2002 I 343.

¹⁴ ATF 119 Ia 53, 55 / JdT 1995 I 305.

des garanties fédérales¹⁴. Donc *a priori* rien n'empêche un canton d'offrir une protection plus étendue de l'égalité que celle de la Constitution fédérale.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 11

En fait, par le passé, ce sont les cantons qui ont toujours fait office de pionniers en matière de droits fondamentaux. On parle d'ailleurs à cet égard de *laboratoires constitutionnels* cantonaux¹⁵. Ainsi, c'est sous l'influence de certains cantons que le principe de l'égalité entre hommes et femmes a été inséré dans la Constitution fédérale en 1981. De même, c'est grâce aux cantons de Soleure et d'Uri que le Tribunal fédéral a pu se prononcer récemment sur la constitutionnalité des quotas de sièges et de listes en politique¹⁶.

De plus, indépendamment de la liberté des cantons d'adopter une protection constitutionnelle de l'égalité supérieure au droit fédéral, le mandat d'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. est aussi et surtout un *mandat au législateur cantonal* et par conséquent au constituant cantonal. Seules des mesures législatives prises à tous les niveaux de la structure et des compétences fédérales, cantonales et communales pourront pallier les importantes inégalités matérielles entre hommes et femmes¹⁷. De fait, le mandat constitutionnel fédéral est lui-même *impératif*. L'inactivité du législateur cantonal peut donc être sanctionnée judiciairement en tant que violation de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. Il est donc bien plus qu'important que la nouvelle Constitution cantonale donne elle-même un *mandat impératif aux législateurs communaux et cantonal de pourvoir à l'égalité de fait*.

Même si les mesures positives trouvent une base légale implicite en droit fédéral et peuvent à l'avenir en trouver une autre plus explicite dans la Constitution cantonale fribourgeoise, les détails de la mise en oeuvre de ce mandat constitutionnel cantonal demeurent à régler. Il faut en effet encore examiner *quelles formes ces mesures positives pourraient prendre et dans quels domaines elles pourraient trouver application*.

La réponse à cette question dépend de la *constitutionnalité de ces mesures*. L'autonomie constitutionnelle des cantons n'est en effet pas absolue. Les cantons doivent respecter l'ensemble des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale. Il s'agit notamment d'une des conditions à l'octroi de la garantie fédérale à la nouvelle Constitution cantonale (art. 172 al. 2 Cst.).

III. La constitutionnalité des mesures positives en droit suisse

A. En général

La question qu'il reste donc à examiner est celle de la compatibilité des mesures positives avec le reste du droit constitutionnel suisse et notamment

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 12

l'interdiction de discriminer sur la base du sexe de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. et la liberté de vote de l'art. 34 al. 2 Cst.

En cas de conflit de droits fondamentaux dans la Constitution, une des conséquences du *principe de la concordance* est la suivante: même si elle a une base légale, une mesure qui restreint d'autres droits fondamentaux se doit d'être *proportionnée* au but visé en ce qu'elle doit être apte à l'atteindre, être nécessaire pour atteindre ce but et être la mesure la moins restrictive pour ce faire.

La proportionnalité, et par conséquent la constitutionnalité d'une mesure positive dépendent évidemment de son *champ d'application et de sa nature concrète*. Pour des raisons de place, j'ai choisi de ne traiter ici que de la constitutionnalité des mesures positives dans la *fonction publique* et en *politique*. Cela n'exclut pas bien sûr que

¹⁵ Cf. A. Auer, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse in ZBl. 1990 p. 14 ss; V. Martenet, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle/Genève 1999.

¹⁶ Cf. ATF 123 I 152 / JdT 1999 I 282; ATF 125 I 21 / rés. JdT 2000 I 343.

¹⁷ Cf. Auer/Martenet, Les quotas, la démocratie et le fédéralisme in SJ 35/1997 p. 629 ss, 635.

d'autres mesures puissent être prises dans d'autres domaines de compétence cantonale. La promotion de l'égalité de fait est en effet un projet complexe qui combine différentes formes de mesures positives; les mesures positives visant à réaliser une égalité de résultat ne peuvent atteindre leur but sans l'adoption de mesures positives en amont qui assurent l'égalité des chances dans l'éducation, l'aménagement des horaires de travail et la vie de famille, et ces dernières ne peuvent atteindre leur but final sans les premières.

B. Les mesures positives dans la fonction publique

1. Généralités

En dépit du rôle exemplaire que l'administration est appelée à jouer, la position des femmes dans la fonction publique reste malheureusement encore marquée par une profonde inégalité dans les faits.

Depuis quelques années déjà, de nombreuses mesures ont été prises afin d'améliorer la situation aussi bien au sein des administrations cantonales que fédérale. Il demeure cependant qu'aucune de ces mesures n'a suffi à réaliser l'égalité de fait entre hommes et femmes dans la fonction publique.

On peut se demander dès lors s'il ne faudrait pas adopter des *quotas de résultat flexibles* sur le modèle de ce qui se fait en Allemagne et en Suède notamment. Dans ces pays, des quotas de femmes s'appliquent lors de nouveaux engagements dans l'administration. Ils sont flexibles dans la mesure où ils ne s'appliquent qu'à compétences égales des candidats. Il convient d'examiner ici si de tels quotas sont constitutionnels en droit suisse et, plus précisément, s'ils remplissent les trois conditions nécessaires à établir leur proportionnalité.

2. L'aptitude à atteindre le but visé

Les quotas de femmes, qu'ils soient décisionnels ou de résultat, sont toujours aptes à atteindre le but visé. Ils imposent en effet un certain nombre de

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 13

femmes et assurent par conséquent une meilleure représentation des femmes dans l'administration publique.

L'objection que l'on fait souvent à ces quotas est cependant que, d'une part, l'on ne trouve pas suffisamment de femmes qui souhaitent occuper les postes vacants et que, d'autre part, en privilégiant le sexe sur la compétence, les femmes perdent confiance en leurs capacités. Ces deux objections n'affectent en rien la validité des quotas *flexibles* qui permettent de prendre en compte les qualités des candidats et ne donnent la priorité à une femme qu'à compétences égales avec les autres candidats. Par contre, les quotas *rigides* sont clairement mis en cause par cet argument.

Pourtant, même si à première vue les quotas de résultat flexibles semblent plus aptes à atteindre le but visé, leur efficacité n'est pas sans failles. En effet, d'une part, la notion de qualifications égales n'est pas claire et, d'autre part, la prise en compte des circonstances personnelles particulières des candidats n'est pas à l'abri des stéréotypes¹⁸.

Tout d'abord, la référence à l'*égalité des compétences* n'est pas des plus claires. Elle ouvre la porte à d'éventuels abus d'appréciation. Il serait par conséquent préférable de nuancer le principe de priorité des femmes à qualifications égales. Par exemple, seules les qualifications concrètement exigées par la position en cause doivent être prises en compte.

Ensuite, ce qu'on appelle les "*clauses d'exception*" ("saving clauses", "Öffnungsklauseln"), c'est-à-dire les clauses de prise en compte de toutes les circonstances personnelles spéciales des candidats, servent certes à faire en sorte qu'un candidat masculin méritant ne soit pas automatiquement éliminé au profit d'une femme de qualifications égales. Cependant, elles peuvent aussi entériner des stéréotypes liés à

¹⁸ Cf. K. Arioli, Sind Quoten wirksame Mittel zur Frauenförderung?: Stand der Diskussion in der Schweiz in *Frauen im Recht*, Berne 2000, p. 61 ss, 70 ss.

la répartition traditionnelle des rôles entre hommes et femmes. Il faudrait, par exemple, éviter de se référer à l'âge, aux années de service ou encore à l'état civil d'un candidat.

Ainsi révisés, les quotas de résultat flexibles à l'embauche sont aptes à atteindre le but visé.

3. La nécessité

Parmi toutes les mesures positives prises dans le domaine public, de nombreuses alternatives aux quotas, moins restrictives, ont été proposées par le passé. Les statistiques démontrent toutefois que ces mesures ne suffisent pas à atteindre le but visé, c'est-à-dire la parité des hommes et des femmes en pratique, du moins dans des délais raisonnables.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 14

Il est donc nécessaire de recourir à une forme plus restrictive de mesures positives. Il pourrait s'agir notamment des quotas de résultat flexibles mentionnés à la section précédente.

4. La proportionnalité au sens strict

Pour passer le test de proportionnalité au sens strict, les quotas doivent ne pas totalement vider de sens le principe de l'égalité entre les sexes de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst., et ainsi constituer le moyen le moins restrictif possible d'atteindre le but visé.

Il s'ensuit par conséquent que des quotas de résultat flexibles qui laissent une marge d'appréciation de la compétence des candidats aux autorités de nomination, en ne recommandant la priorité des candidates féminines qu'à compétences égales, ne sont pas trop restrictifs de l'égalité entre les sexes. Des hommes de compétence supérieure peuvent encore être engagés.

C'est aussi ce que considère la Cour européenne de justice. La jurisprudence européenne, qui avait commencé par être critique de la politique allemande des quotas de résultat dans l'administration publique, a depuis nuancé sa position en admettant la compatibilité des quotas de résultat avec le principe de l'égalité formelle pour autant qu'ils soient flexibles, ne s'appliquent qu'à qualités égales et que les circonstances spéciales des candidats puissent être prises en compte¹⁹. Etant donné la réceptivité du Tribunal fédéral par rapport à la jurisprudence européenne, on peut espérer qu'il suivra la position européenne en matière de quotas d'embauche dans l'administration publique.

C. Les mesures positives en politique

1. Généralités

En dépit de la garantie constitutionnelle de leur égalité politique et de leur éligibilité de principe, les femmes demeurent sous-représentées au sein des autorités politiques suisses. La source de ce problème est double: d'une part, les candidates sont moins nombreuses que les candidats sur les listes électorales et, d'autre part, même lorsqu'elles y figurent en nombre égal, les candidates ont moins de chance d'être élues que les candidats.

Afin d'y remédier, de nombreux milieux réclament depuis une dizaine d'années l'adoption de mesures positives et en particulier l'adoption de *quotas de listes ou de sièges*.

La discussion a atteint son paroxysme en mars 2000 lorsque l'initiative des quotas a été rejetée par 82% des votants. L'initiative demandait, afin d'assurer

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 15

une représentation équitable des femmes au sein des autorités fédérales, qu'un amendement constitutionnel impose un quota de sièges de 50%. Aussi bien le Conseil fédéral que le Parlement ont recommandé au peuple de rejeter l'initiative pour motif

¹⁹ Cf. les décisions susmentionnées dans les affaires *Marschall*, *Badeck* et *Abrahamsson*.

d'inconstitutionnalité²⁰; d'après eux, les quotas de sièges sont trop rigides et enfreignent l'interdiction formelle de discriminer en vertu du sexe et la liberté de vote.

On peut regretter que les autorités fédérales n'aient pas présenté de contre-projet contenant des quotas plus flexibles. Cela aurait pu se faire notamment sur le modèle des quotas de listes que proposait le Conseil national²¹.

En fait, la majorité de la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral admettent désormais que certains quotas politiques sont constitutionnels et compatibles avec le principe d'égalité des sexes et la liberté de vote. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion, à deux reprises, d'examiner la constitutionnalité de quotas politiques proposés dans les cantons de Soleure et Uri.

Dans son premier arrêt, l'*arrêt soleurois*, le Tribunal a considéré que les quotas de sièges étaient trop rigides. Ils violaient le principe d'égalité des sexes de l'art. 8 al. 3 phr. 1 Cst. et la liberté de vote²².

Dans son second arrêt, l'*arrêt uranais*, le Tribunal a réagi à la critique de la doctrine majoritaire²³ et nuancé sa position²⁴. Il considère désormais que les quotas de sièges sont proportionnés et constitutionnels dans le cadre d'élections indirectes, alors qu'ils ne le sont pas dans le cadre d'élections directes. Dans ce dernier cas, cependant, des quotas de listes peuvent être considérés comme constitutionnels.

Il est donc tout à fait opportun de réexaminer ici la constitutionnalité et la proportionnalité d'éventuels quotas politiques de droit cantonal sous l'angle de l'égalité des sexes et de la liberté de vote.

2. L'aptitude à atteindre le but visé

Les quotas de sièges et les quotas de listes sont aptes à atteindre le but visé, c'est-à-dire une représentation plus équitable des femmes en politique. Cette vision est aussi celle de la majorité de la doctrine et du Tribunal fédéral.

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 16

Il demeure bien sûr que les quotas doivent être adaptés aux *spécificités de chaque autorité* à laquelle ils s'appliquent. Ainsi, les sièges d'un tribunal, d'une commission d'experts ou d'un parlement ne peuvent pas être partagés entre hommes et femmes de la même manière.

3. La nécessité

Parmi toutes les mesures positives, différentes alternatives aux quotas politiques, moins restrictives, ont été proposées par le passé. Il s'agit notamment d'encouragements financiers aux partis politiques de façon à ce qu'ils adoptent des mesures de promotion de la femme au sein de la structure du parti, de la hausse des primes des parlementaires qui ont des gardes d'enfant à payer ou de la mise sur pied de gardes parascolaires ou de crèches.

Ces mesures sont certes moins restrictives que d'autres, mais les faits démontrent qu'elles ne suffisent pas à atteindre le but visé, c'est-à-dire la parité des hommes et des femmes en politique. D'autres mesures plus fortes sont donc nécessaires.

Il faut noter, en outre, que la solution du "laisser faire" et la confiance aveugle faite aux mesures prises indépendamment par les partis revient à laisser l'avenir des femmes en politique à la libre concurrence d'organes indépendants de l'Etat. Dans les faits, laisser aux partis l'initiative des mesures positives à prendre a dans le passé conduit au

²⁰ FF 1997 III 489; FF 1999 V 4656.

²¹ FF 1998 4157.

²² ATF 123 I 152 / JdT 1999 I 282.

²³ Cf. Buser/Polodna, Politische Quoten auf dem Schaffott-Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur 'Solothurner Quoteninitiative' in PJA 12/1997 p. 981 ss, 988; A. Epiney, Chancengleichheit über das Ergebnis? in PJA 6/1997 p. 1033 ss; Besson, (op. cit note 6); J. Wyttenbach, Geschlechterquoten in der Politik: eine Herausforderung für die Demokratie? in Frauenfragen 1.2000 p. 43 ss.

²⁴ ATF 125 I 21 / rés. JdT 2002 I 343.

positionnement alibi de certaines femmes au sein de la structure des partis²⁵. Par ailleurs, monnayer l'avenir des femmes au sein des partis par des mesures incitatives d'ordre financier est fondamentalement contraire à la dignité des femmes. Mieux vaut à ce moment-là établir une obligation constitutionnelle de parité au sein des listes électorales sous menace de réduction du financement des partis dans le cas où cette obligation n'est pas respectée, sur l'exemple de ce qui se fait en France²⁶.

Cette opinion est partagée par la doctrine majoritaire. C'est aussi ce que considère le Tribunal fédéral, qui juge que les quotas sont des mesures somme toute assez douces et peu restrictives de l'égalité des sexes au vu du but à atteindre. Cette ouverture aux quotas en général doit cependant être qualifiée. Selon le Tribunal fédéral, en effet, il est dans tous les cas plus adéquat, afin d'atteindre le but visé, de laisser suffisamment de marge d'appréciation aux électeurs.

Cette dernière condition est aisément remplie par un quota décisionnel comme un *quota de listes*. Elle peut cependant aussi l'être par un *quota de sièges*

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 17

flexible qui ne donne la priorité aux candidates féminines qu'à qualités égales. Il y a en effet deux problèmes avec les quotas de listes.

Premièrement, ils ne s'attaquent pas à la racine du problème. La source de la sous-représentation des femmes en politique se situe *au coeur du vote*: les candidates féminines ne reçoivent pas autant de votes que leurs concurrents masculins. Lors des élections parlementaires fédérales de 1999, les femmes avaient en moyenne de deux à quatre fois moins de chances d'être élues que leurs concurrents de liste masculins selon les partis²⁷. A Fribourg, le taux d'éligibilité des femmes aux dernières élections législatives était en moyenne de 1,5²⁸.

Deuxièmement, le problème dépasse le *champ d'influence des partis*. Dès lors, il est injuste de leur faire supporter tout le poids de la mise en oeuvre de l'égalité matérielle entre hommes et femmes en leur imposant des quotas de listes²⁹.

Il s'ensuit que les quotas de listes ne suffisent pas à eux seuls pour atteindre le but visé et que l'adoption *additionnelle* de quotas de sièges flexibles est nécessaire.

4. La proportionnalité au sens strict

Pour passer le test de proportionnalité au sens strict, les quotas politiques ne doivent totalement vider de sens ni le principe de l'égalité entre les sexes ni la liberté de vote. En d'autres termes, ils doivent constituer le moyen le moins restrictif possible d'atteindre le but visé.

Quant à l'*égalité entre les sexes*, tout d'abord, les mesures positives ne doivent pas exclure totalement l'accès des hommes à la politique.

A cette fin, le Tribunal fédéral a proposé que des mesures de transition soient prises afin de réaliser la parité graduellement. Une des formes que pourrait prendre cette transition est de ne proposer qu'un quota de sièges d'un tiers pour commencer. Cette proposition était notamment celle du Conseil national au moment du vote sur l'initiative des quotas. Même si cette solution a le mérite du compromis, elle en comporte aussi les risques. Elle permet qu'on exige que la moitié de la population ne soit représentée que par un tiers des élus. Au nom de l'égalité, on en vient donc paradoxalement à la parodier.

²⁵ Cf. *Les femmes fribourgeoises face à la politique*, Publication du Bureau et Commission de l'égalité hommes-femmes et de la famille du Canton de Fribourg, Résumé, Fribourg 1998, p. 14.

²⁶ Art. 15 de la Loi n° 2000-493 du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives.

²⁷ Cf. Seitz (op. cit. note 3), p. 15 ss.

²⁸ Cf. *Les femmes fribourgeoises face à la politique*, Publication du Bureau et Commission de l'égalité hommes-femmes et de la famille du Canton de Fribourg, Résumé, Fribourg 1998, p. 14, 18 ss.

²⁹ Cf. Arioli (op. cit. note 18), p. 73.

Quant à la *liberté de vote*, ensuite, le choix des électeurs ne doit pas être privé de tout sens.

D'aucuns ont par conséquent proposé qu'on admette certes des quotas électoraux, mais qu'on les limite à des quotas de listes afin de préserver la liberté de choix des électeurs. Cette position, qui est aussi celle du Tribunal fédéral, est

RFJ 2002 I p. 3 (Cahier spécial), 18

critiquée par la majorité de la doctrine. Le problème avec cette manière de voir est le suivant: les quotas de sièges sont assimilables à d'autres exceptions faites à la liberté de vote et qui tiennent au système de représentation proportionnelle suisse en fonction de critères *personnels* comme l'appartenance à un parti ou un groupe linguistique ou *territoriaux* comme la domiciliation dans une région. Les quotas constituent un instrument politique éprouvé et bien connu en Suisse et à Fribourg. On ne voit donc pas pourquoi les quotas de femmes devraient être considérés dans tous les cas comme une exception inconstitutionnelle à la liberté de vote.

Conclusion

Suite au rejet des quotas politiques par le peuple suisse en mars 2000 et au vu de l'absence d'autres projets en la matière sur le plan fédéral, le futur des mesures positives en droit suisse repose désormais sur les épaules des cantons. Comme en témoignent les débats qui entourent la révision actuelle de certaines constitutions cantonales et les initiatives soleuroise et uranaise, les mesures positives ont tout à gagner d'initiatives cantonales dans ce domaine.

Concrètement, la nouvelle Constitution fribourgeoise pourrait donc être amenée à jouer le traditionnel rôle de laboratoire constitutionnel, dans lequel de nouvelles mesures positives pourraient être élaborées puis garanties. L'expérience constitutionnelle cantonale pourrait ensuite idéalement susciter assez d'enthousiasme et de conviction au sein des partis pour relancer une autre initiative en la matière au niveau fédéral.

Il est vrai que toute disposition de la nouvelle Constitution qui va plus loin que le droit fédéral doit être soumise à un strict examen de constitutionnalité avant l'octroi de la garantie fédérale par l'Assemblée fédérale. De plus, les mesures cantonales de mise en oeuvre du mandat de l'égalité matérielle de l'art. 8 al. 3 phr. 2 Cst. peuvent être soumises au contrôle de constitutionnalité du Tribunal fédéral.

Pourtant, comme cet article a cherché à le démontrer, la situation juridique est plus que favorable à ce genre d'initiatives cantonales. Si l'on compare la Suisse à la France, qui en dépit de son système universaliste a adopté le système des quotas de listes, les mesures positives, et les quotas de résultat flexibles en particulier, sont non seulement nécessaires en Suisse, mais ils correspondent parfaitement à notre système de représentation proportionnelle et de protection des minorités.

On peut espérer par conséquent que, d'une part, les autorités fédérales sauront à l'avenir respecter davantage l'autonomie constitutionnelle des cantons et que, d'autre part, le canton de Fribourg saura faire un usage de cette autonomie qui soit à la hauteur des initiatives constitutionnelles prises dans d'autres cantons par le passé.